

Governance-Transformation durch Richterrecht? Juristische Diskurse zur Selbstverwaltung im Gesundheitswesen

Czada, Roland

Veröffentlichungsversion / Published Version
Zeitschriftenartikel / journal article

Zur Verfügung gestellt in Kooperation mit / provided in cooperation with:
Verlag Barbara Budrich

Empfohlene Zitierung / Suggested Citation:

Czada, R. (2020). Governance-Transformation durch Richterrecht? Juristische Diskurse zur Selbstverwaltung im Gesundheitswesen. *der moderne staat - dms: Zeitschrift für Public Policy, Recht und Management*, 13(2), 300-321.
<https://doi.org/10.3224/dms.v13i2.10>

Nutzungsbedingungen:

Dieser Text wird unter einer CC BY-SA Lizenz (Namensnennung-Weitergabe unter gleichen Bedingungen) zur Verfügung gestellt. Nähere Auskünfte zu den CC-Lizenzen finden Sie hier:
<https://creativecommons.org/licenses/by-sa/4.0/deed.de>

Terms of use:

This document is made available under a CC BY-SA Licence (Attribution-ShareAlike). For more Information see:
<https://creativecommons.org/licenses/by-sa/4.0>

Roland Czada

Governance-Transformation durch Richterrecht? Juristische Diskurse zur Selbstverwaltung im Gesundheitswesen*

Zusammenfassung

Wesentliche Teile des Sozialversicherungsrechts wurden in Deutschland durch juristische Fachdiskurse und Gerichtsurteile bestimmt. Deren Folgen und Fernwirkungen blieben in der Regel unberücksichtigt. Dies betrifft neuerdings verstärkt die Selbstverwaltung im Gesundheitswesen. Von deren Spitzengremium „Gemeinsamer Bundesausschuss“ festgelegte medizinische Behandlungsnormen werden Juristen als Eingriff in das Grundrecht auf Leben und körperliche Unversehrtheit (Art. 2 II 1 GG), der dem von Verbandsvertretern bestellten Gremium nicht zustehe. Die der „Legitimationstheorie“ des Bundesverfassungsgerichtes folgende Wertung offenbart ein monistisches, von überkommenen Souveränitätslehren geprägtes Staatsverständnis, von dem sich die meisten westlichen Demokratien gelöst haben. Die daran anknüpfende Rechtsprechung tangiert das ordnungspolitische Gefüge von Staat, Markt und Organisationsgesellschaft. Der Beitrag erörtert einschlägige Gerichtsurteile und diskutiert kritische Einwände sowie demokratietheoretische Alternativkonzepte.

Schlagerworte: Richterrecht, Selbstverwaltung, Gesundheitscorporatismus, Subsidiarität, Legitimationstheorie

Abstract

Governance Transformation through Judicial Lawmaking? Legal discourses on self-administration in the health care system

Key aspects of German social security law have been shaped by legal discourse and court rulings. The long-term consequences and remote effects of legal doctrines and judicial lawmaking usually remain unconsidered. This also applies to current debates on the legitimacy of self-administration in the health care system. Critics complain that medical treatment standards of its top level “Joint Federal Committee” represent an encroachment on the fundamental right to life and physical integrity (Article 2 II 1 of the Basic Law), which the body comprised by representatives of health associations was not entitled to. The case reveals a monistic understanding of legitimacy shaped by traditional doctrines of sovereignty, from which most Western democracies have detached themselves. Resulting problems and possible long-term consequences are illustrated using the example of recent Constitutional Court rulings. The underlying chain of legitimacy concept does not appear tenable when applied to the German health sector. The article discusses critical objections and alternative concepts of democracy.

Keywords: Judicial lawmaking, self-administration, subsidiarity principle, corporatism, legitimation theory

1 Einleitung

Die Rechtsprechung löst mitunter massive politische Folgen und Reaktionen aus. Aktuelle Beispiele finden sich in der Umwelt- und Klimaschutzpolitik. Hier dienen Gerichtsurteile der Anwendung und Durchsetzung bestehender Rechtsnormen und Vertragspflichten. Davon zu unterscheiden ist die richterliche Rechtsfortbildung. Fälle, in denen Gerichte Gesetzeslücken ausfüllen und damit Gesetzgebungsfunktion wahrnehmen finden sich in Deutschland häufig im Arbeitsrecht (Rehder, 2011), im Medienrecht (Hoffmann-Riem, 1994) und in der Judikatur zum europäischen Vertragsrecht (Höpner, 2010). Die Rolle von Richterrecht im Bereich der selbstverwalteten Sozialversicherung blieb weitgehend unbeachtet. Dabei sind wesentliche Eckpunkte des Sozialversicherungsrechts durch Gerichtsurteile normiert worden. Sie betreffen Leistungen der gesetzlichen Krankenversicherung, Patientenrechte, das Kassenarzt- und Arzthaftungsrecht, die gesetzliche Unfallversicherung, die Rentenversicherung, das Knappschaftsrecht, die landwirtschaftliche Sozialversicherung und das soziale Entschädigungsrecht (Wannagat, 1984). Dem Bundessozialgericht hat der Gesetzgeber die Aufgabe der „Fortbildung des Rechts“ sogar ausdrücklich zugewiesen (§ 41, 4 SGG), während eine gleichlautende, den Bundesgerichtshof betreffende Norm im Gerichtsverfassungsgesetz (§ 137 GVG) 1992 ersatzlos gestrichen wurde.

Juristische Fachdiskurse und Gerichtsurteile können aufgrund ihrer ordnungspolitischen Folgewirkungen gesellschaftlichen Wandel hemmen oder vorantreiben. Da sie, anders als die parlamentarische Gesetzgebung, keine systematische Folgenabschätzung beinhalten, bleiben ihre politischen und gesellschaftlichen Fernwirkungen unberücksichtigt. Ohne Kenntnis ihres Wirkungshorizonts befindet sich die Rechtsprechung im „Blindflug“. Niklas Luhmann (1999, S. 57) sieht die Ursache in empirischen Wirkungsverkettungen, die zu komplex seien, um in Begriffen einer juristischen Dogmatik angemessen und verantwortbar erfasst zu werden. Juristen sehen darin kein Problem, da sie die „Richtigkeit“ ihrer Urteile allein im Rahmen des Rechtssystems begründen müssen. Die Verfassungsinterpretation kann sich damit jedoch nicht zufriedengeben, bemisst sie doch selbst den Rahmen des Rechtssystems und zwar auf Grundlage eines hochgradig interpretationsoffenen Normenkatalogs, dessen *ratio legis* sich nicht ohne politisch affizierte Güterabwägung erschließen lässt. Diese Abwägung steht im Schatten einer Grundrechtsdogmatik, die den Geltungsanspruch der Grund- und Menschenrechte und den im parlamentarischen Souverän verkörperten Volkswillen zur höchsten Legitimationsinstanz erklärt. Zugleich wird eine ablehnende Haltung gegenüber dem in der Politikwissenschaft etablierten Konzept der „Output-Legitimation“ erkennbar. Daraus entsteht ein Problem der verfassungskonformen Legitimierung autonomer Regulierungsbehörden und der funktionalen Selbstverwaltung, die ihre Zweckbestimmung und Selbständigkeit gerade aus spezifischen Leistungen auf der Outputseite des politischen Systems herleiten. Mängel der Input-Legitimation von Institutionen depolitisierter Problemlösung sind im Zuge verfassungsrechtlicher Konflikte um den Kompetenzrahmen supranationaler Körperschaften wie der Europäischen Zentralbank diskutiert worden. Der Grundkonflikt wird in jüngeren Debatten zu den Legitimationsgrundlagen der Selbstverwaltung im Gesundheitswesen besonders deutlich. Die folgende Analyse zeigt, dass die monistische, einer klassischen Souveränitätsidee folgende Legitimationstheorie des Bundesverfassungsgerichtes die Wurzel des Problems darstellt. Seine Lösung basiert auf pluralistischen, nicht-majoritären Legitimationstheorien, die Kon-

zepten demokratischer Machtteilung und Output-Legitimität höheren Stellenwert einräumen.

2 Konstruktionsmerkmale der Selbstverwaltung im Gesundheitswesen

Über den Leistungsumfang der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV) entscheiden nicht die Regierung oder das Parlament, sondern der 2004 vom Gesetzgeber eingesetzte Gemeinsame Bundesausschuss (G-BA). Neuerdings steht infrage, ob die von dem höchsten Organ der GKV-Selbstverwaltung erstellten medizinischen Therapienormen in das Grundrecht auf „Leben und körperliche Unversehrtheit“ (Art. 2 II 1 GG) in einer Weise eingreifen, wie es nur staatsunmittelbar legitimierten Organen zusteht. Das Bundesverfassungsgericht ließ die Frage „mangels Entscheidungserheblichkeit“ (Gawron, 2018, S. 46) im Grundsatz offen, nannte aber in einem Leitsatz vom 6. Dez. 2005 (1 BvR 347/98) Grenzen, jenseits derer Beschlüsse des G-BA nicht hinreichend demokratisch legitimiert seien. Hinzu kommen Interventionen des Bundesgesundheitsministers, der in offenem Gegensatz zum G-BA bestimmte medizinische Therapien in den Leistungskatalog der GKV aufgenommen sehen möchte. Seitens der Selbstverwaltung weckt dies Befürchtungen einer durch Gerichtsurteile beförderten, schleichenden Verstaatlichung und Parteipolisierung des Gesundheitswesens (Schroeder, 2009; Schroeder & Burau, 2008).

Im G-BA sind die Kassenärztlichen und Kassenzahnärztlichen Bundesvereinigungen (KBV und KZBV), die Deutsche Krankenhausgesellschaft (DKG) und der Spitzenverband der Krankenkassen mit Sitz und Stimme vertreten. Hinzu kommen drei unparteiische, vom Gesundheitsausschuss des Bundestages zu bestätigende Mitglieder, von denen eines den Vorsitz stellt sowie Patientenverbände, die dem Gremium mit Antragsrecht, aber ohne Stimmrecht angehören. Das beschließende Plenum besteht aus 13 stimmberechtigten Mitgliedern, davon jeweils fünf entsandten Vertretern der gesetzlichen Krankenkassen (GKV-Spitzenverband) und der Leistungserbringer (KBV, KZBV und DKG).

Als Körperschaft des öffentlichen Rechts bestimmt der G-BA den Umfang der Leistungsansprüche von derzeit 73 Millionen Versicherten sowie Grundsätze und Maßnahmen der Qualitätssicherung im ambulanten und stationären Gesundheitswesen. Er ist nach Rechtsform und Aufgabenstellung kein Interessenverband, auch wenn ihn Kritiker gelegentlich so wahrnehmen. Als Instanz professioneller Normsetzung, Selbstregulierung und Interessenvermittlung ist er dem Typus korporatistischer Governance zuzuordnen, der in Deutschland unter anderem bei der Herstellung und Überwachung technischer Produktions- und Verfahrensnormen, Umweltnormen und in weiteren Regelungsfeldern wie der beruflichen Bildung eine lange Tradition aufweist (Schuppert, 1981; Voelzkow, 1996; Brennecke, 1996).

Was 1883 als Versicherten-Selbstverwaltung der Krankenkassen begann, wurde mit dem Berliner Abkommen von 1913 in privatrechtlicher Vertragsform auf die Ärzteschaft ausgeweitet. Es regelte die ärztliche Versorgung, die Kassenarztzulassung und die Arzthonorare durch Kollektivverträge. Das von der Reichsregierung nach mehreren Ärztestreiks initiierte Abkommen bildet mit seinen paritätischen Fachausschüssen aus Kassen- und Ärztevertretern das Grundgerüst der bis heute existierenden Gemeinsamen Selbstverwaltung. Allerdings haben sich die damals in einem Zentralausschuss, Vertragsausschuss, Registerausschuss und einer Schiedsstelle erledigten Aufgaben zu ei-

nem höchst komplexen, institutionell verzweigten, verrechtlichten und justizialisierten sowie insgesamt politik- und staatsnäheren Gesundheitssystem entwickelt (Gerlinger, 2009; Schroeder & v. Winter, 2019).

Ein erster staatlicher Zwangseingriff bestand in der „Verordnung über Ärzte und Krankenkassen“ vom 30.10.1923. Damit wurden die Regelwerke Teil des öffentlichen Rechts und über die beteiligten Mitgliedsverbände hinaus verbindlich. 1931 und 1932 folgte die Zwangsinkorporation der GKV-Vertragsärzte in Kassenärztliche Vereinigungen (KBVen) auf dem Wege staatlicher Notverordnungen. Das so geschaffene Assoziationsmonopol konnte zuvor bestehende inner- und zwischenverbandliche Konflikte auf Seiten der Ärzteschaft eindämmen. Es entstand ein Verhandlungs- und Kollektivvertragssystem, das hochgradig zentralisiert und in Gestalt des G-BA um zahlreiche Aufgaben sowie die außerhalb des öffentlichen Rechts organisierten Krankenhausträger erweitert wurde.

Die unter Rechtsaufsicht stehende Selbstverwaltung war die historische Antwort auf eskalierende Verteilungskonflikte. Mit der Pflichtmitgliedschaft trat an die Stelle ständig drohender Kooperationsverweigerung der Einigungszwang in einem staatsnahen „Gesundheitskorporatismus“. Der Begriff erscheint angemessen, da hier Konfliktregelung durch Interessenausgleich und die administrative Umsetzung konsentierter Regeln und Maßnahmen zusammenfallen: Die beteiligten Spitzenverbände setzen ihre Beschlüsse und Normen gegenüber ihren Mitgliedern, Trägern und Erbringern von Gesundheitsdienstleistungen, eigenständig um und entlasten so Regierungen und Staatsverwaltung. Zweifellos könnte die reine Organisationsaufgabe auch in unmittelbarer Staatsverwaltung erledigt werden. Sie kann aber schwerlich den medizinischen Expertenkonsens ersetzen sowie medizinische Therapien und deren Vergütung den durch besondere Fachkenntnis ausgewiesenen Ärzten von außen aufzwingen. Die historische Erfahrung lehrt, dass diese, von Pflichtmitgliedschaft befreit, gegebenenfalls auf Streiks und subtilere Formen der Kooperationsverweigerung zurückgreifen, worauf erneut eine korporatistische Lösung zu suchen wäre, falls ein staatlicher Gesundheitsdienst mit beamteter Ärzteschaft oder die Privatisierung der gesetzlichen Krankenversicherung als Alternativen ausscheiden. Aus Sicht der Korporatismustheorie (Czada, 2018) liegt der Schwerpunkt der Selbstverwaltung nicht auf einer organisatorischen, sondern funktionalen und legitimatorischen Staatsentlastung. Diese Sicht kollidiert mit dem auf monistische Souveränität und Input-Legitimation fixierten Demokratieverständnis der deutschen Staatsrechtslehre. In der Judikatur von Sozialgerichten und des Bundesverfassungsgerichtes wird das daraus entstehende Dilemma deutlich.

3 Der „Nikolaus-Beschluss“ und seine Folgen

Die notorisch überlasteten Sozialgerichte erleiden seit Jahren eine Klageflut. Sie geht in Teilen auf ein Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 6. Dezember 2005 zurück, das unter Verfassungsjuristen und Sozialrechtsexperten als „Nikolaus-Urteil“ bekannt wurde. Darin ließ sich das Gericht zu einer Grundrechtsauslegung hinreißen, die schwerkranke Patienten zur Klage gegen die Versagung von GKV-Leistungen ermutigte. Der Leitsatz des Urteils (1 BvR 347/98) lautet:

„Es ist mit den Grundrechten aus Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit dem Sozialstaatsprinzip und aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG nicht vereinbar, einen gesetzlich Krankenversicherten, für des-

sen lebensbedrohliche oder regelmäßig tödliche Erkrankung eine allgemein anerkannte, medizinischem Standard entsprechende Behandlung nicht zur Verfügung steht, von der Leistung einer von ihm gewählten, ärztlich angewandten Behandlungsmethode auszuschließen, wenn eine nicht ganz entfernt liegende Aussicht auf Heilung oder auf eine spürbare positive Einwirkung auf den Krankheitsverlauf besteht.“

Von den zwischen 2005 und 2019 eingegangenen 504 Klagen mit Bezug auf das Nikolaus-Urteil wurden laut „Nikolaus-Datenbank“ der Ruhr-Universität Bochum die meisten abgewiesen.¹ Auch zehn darauf bezogene Verfassungsbeschwerden waren im Ergebnis negativ. Neben der Nikolaus-Judikatur gab es einen jahrelangen Rechtsstreit um die Aufsichtsrechte des Bundesgesundheitsministeriums über den Gemeinsamen Bundesausschuss. Er begann, nachdem das Gesundheitsministerium seine Zustimmung zu einem Beschluss des gerade neu gegründeten G-BA verweigert hatte. Dagegen klagte der G-BA über alle Instanzen erfolgreich bis zum Bundessozialgericht (BSG), das am 06.05.2009 die ministerielle Überprüfung der Richtlinienbeschlüsse des GBA unwiderprüflich auf die Rechtsaufsicht beschränkte (Az. B 6 A 1/08 R). Politische Zweckmäßigkeitserwägungen dürften dabei keine Rolle spielen. Für die fachliche Bewertung von medizinischen Therapien sei allein der G-BA zuständig. Eine ministerielle Weisungsbefugnis würde dessen Gestaltungsfreiheit aushöhlen, und dies rüttle an der grundgesetzlichen Verankerung der GKV-Selbstverwaltung.

Das vom Gesundheitsminister vorgebrachte Argument, der G-BA sei demokratisch unzureichend legitimiert und deshalb müssten die Befugnisse des Ministeriums gestärkt werden, fand in dem Urteil des BSG zu den ministeriellen Weisungsrechten keinen Niederschlag. Die Legitimitätsdebatte war damit aber nicht vom Tisch. Sie entwickelte sich entlang der Folgeurteile zum Nikolaus-Beschluss und wurde Gegenstand verfassungsrechtlicher Erwägungen zum Verhältnis von staatlicher und korporatistischer Steuerungsmacht im Gesundheitswesen. Von vier Fällen, in denen das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) im Nachgang zu seinem Nikolaus-Beschluss Entscheidungen zur Sache getroffen hatte, erscheinen zwei besonders ausschlagreich.

Eine Nebenbemerkung (*Obiter Dictum*) im Urteil vom 10. November 2015 (1 BvR 2056/12) entfachte eine Kontroverse, die bis heute anhält. Eine Patientin hatte auf Kostenerstattung für ein vom G-BA nicht anerkanntes Medizinprodukt geklagt. Nach Ablehnung in allen Instanzen der Sozialgerichtsbarkeit erhob sie Verfassungsbeschwerde, die gegen die Regelungsbefugnisse der Selbstverwaltung gerichtet war. Obwohl das BVerfG keine Grundrechtsverletzung feststellte, findet sich im Urteil die beiläufige Erwähnung „durchaus gewichtiger – genereller und allgemeiner Zweifel an der demokratischen Legitimation des Gemeinsamen Bundesausschusses als Institution“ (1 BvR 2056/12 –, Rn. 22). Dessen Legitimation hänge letztlich von der Intensität von G-BA-Normen und dem Grad ihrer gesetzlichen Anleitung ab: „... es ist nicht ausgeschlossen, dass der Gemeinsame Bundesausschuss für eine Richtlinie hinreichende Legitimation besitzt, wenn sie zum Beispiel nur an der Regelsetzung Beteiligte mit geringer Intensität trifft, während sie für eine andere seiner Normen fehlen kann, wenn sie zum Beispiel mit hoher Intensität Angelegenheiten Dritter regelt, die an deren Entstehung nicht mitwirken konnten. Maßgeblich ist hierfür insbesondere, inwieweit der Ausschuss für seine zu treffenden Entscheidungen gesetzlich angeleitet ist“ (ebenda).

Die als *Obiter Dictum* geäußerten Zweifel an der demokratischen Legitimation der Selbstverwaltung veranlassten den G-BA und das Bundesministerium für Gesundheit (BMG) zur Beauftragung von insgesamt vier juristischen Fachgutachten. Sie fielen an-

gesichts der Brisanz des Themas und der Gutachterwahl kontrovers aus (Gassner & Holzner, 2017; Hase, 2017; Kingreen, 2017; Kluth, 2015). Eine eindeutige Handlungsempfehlung lässt sich daraus nicht ableiten. Kurz vor Abgabe der Gutachten hat zudem das Bundesverfassungsgericht am 11. April 2017 seinen Nikolaus-Beschluss eingeschränkt. Eine Krankenkasse war in zwei Instanzen zur Zahlung von 831.825,68 Euro für nicht gelistete Therapien verurteilt worden. Das BSG hob die Urteile in dritter Instanz auf. In einer daraufhin eingereichten Verfassungsbeschwerde sah die Klägerin ihr Grundrecht auf Leben und körperliche Unversehrtheit unter Verweis auf das Nikolaus-Urteil verletzt. Das BVerfG wies die Beschwerde ab und beschränkte seinen zuvor konstruierten Grundrechtsanspruch auf unmittelbare Notlagen. Außerhalb der G-BA-Normen liegende Leistungsansprüche ließen sich nur in „einer notstandsähnlichen Situation“ aus der Verfassung ableiten, „in der ein erheblicher Zeitdruck für einen zur Lebenserhaltung bestehenden akuten Behandlungsbedarf typisch ist. Anknüpfungspunkt eines derartigen verfassungsrechtlich gebotenen Anspruchs ist deswegen allein das Vorliegen einer durch nahe Lebensgefahr gekennzeichneten individuellen Notlage.“ (1 BvR 452/17 –, Rn. 22)

Damit sind Leistungsansprüche mit zweifelhafter Erfolgsaussicht zur Behandlung chronischer Krankheiten ausgeschlossen. Der großzügig formulierte Nikolaus-Anspruch wurde zum Rettungshalm in akuter Lebensgefahr verkürzt. Realistisch betrachtet, sollte nun die Klagewelle abebben. Stefan Huster (2017) kommentiert den Vorgang:

„Mit seinem Beschluss vom 11. April 2017 sieht sich das Bundesverfassungsgericht zum wiederholten Male genötigt, ein Loch zuzuschaufeln, das es zuvor selbst gegraben hat: Wie grenzt man verfassungsunmittelbare Leistungsansprüche auf Leistungen der Gesundheitsversorgung ein, wenn man sie zuvor kühn konstruiert hat? (...)“

Die Urteile werfen angesichts zunehmender Leistungserwartungen der Versicherten und steigender Kosten des Gesundheitssystems neben juristischen auch politische Fragen auf. Nicht zuletzt verweisen sie auf Governance-Probleme im Gesundheitssektor. Darüber schwebt die Furcht vor einer anwachsenden Debatte um die Priorisierung und Rationierung medizinischer Leistungen. Und dahinter lauert das Legitimationsproblem: Wer entscheidet im demokratischen Rechtsstaat über GKV-Therapieleistungen? Das Parlament käme dafür kaum in Frage. Es kann den institutionellen und funktionellen Rahmen setzen, über medizinische Behandlungsmethoden aber nicht entscheiden, schon gar nicht über einen Parlamentsvorbehalt im Einzelfall. Dies hätte zur Folge, dass parteipolitisch orientierte medizinische Laien nach dem politischen Mehrheitsprinzip die ärztliche Therapie bestimmen. Sollte es der Gesundheitsminister sein, auf den großteils von der Pharmaindustrie finanzierte Patientenorganisationen und Selbsthilfegruppen mit Forderungen nach der Kostenübernahme von Cannabis-Tropfen, homöopathischen Globuli oder Fettabsaugungen einwirken? Oder soll weiterhin die Selbstverwaltung in Gestalt des G-BA nach Kriterien wissenschaftlicher Evidenz den Leistungsumfang der Gesetzlichen Krankenversicherung vollumfänglich allein bestimmen? Und was wäre im letzteren Fall eine valide Akzeptanz- und Legitimationsquelle?

4 Ordnungspolitische Folgen eines doktrinären Demokratiekonzepts

Die höchstrichterliche Absage an eine ministerielle Fachaufsicht und die Selbstkorrektur des BVerfG hielten das Ministerium nicht ab, sich weiterhin in medizinische Detailfragen einzumischen. So forderte Gesundheitsminister Jens Spahn jüngst die Erstattung der Liposuktion (Fettabsaugung) und homöopathischer Behandlungen als GKV-Kassenleistungen (Woratschka & Trappe, 2019). Seit Bestehen des G-BA initiierte das Ministerium 40 ihn betreffende Gesetze und Gesetzesänderungen.² Einige lassen sich als Versuch deuten, den staatlichen Zugriff auf die Selbstverwaltung auszuweiten. Aus den vom BMG in Reaktion auf das *Obiter Dictum* des BVerfG vom 10. November 2015 eingeholten Fachgutachten (Gassner & Holzner, 2017; Kingreen, 2017; Kluth, 2015) und einem vom G-BA selbst beauftragten Gutachten (Hase, 2017) ergeben sich wenig konkrete oder gar zwingende Reformschritte. Sie zeigen aber, wie stark die juristische Bewertung der Legitimationsfrage vom jeweiligen Staats- und Demokratieverständnis – monistisch oder pluralistisch – und von Einstellungen zum Konzept der „Output-Legitimation“ bestimmt wird.

Mit dem Postulat der Rückbindung allen Staatshandelns an das Parlament orientiert sich insbesondere Thorsten Kingreen (2017) an der Legitimationskettentheorie des BVerfG. Die Theorie hält an einem monistischen Verständnis ungeteilter Souveränität und damit einer Fiktion demokratischer Legitimation fest. Einer vordemokratisch absolutistischen Tradition verhaftet, wendet sie sich gegen den etwa in der eidgenössisch schweizerischen und amerikanischen Verfassung niedergelegten Gedanken der Machtteilung in einem gesamtstaatlich figurierten Kontroll- und Abstützungsgefüge, das von Anfang an vor allem das politische System der USA kennzeichnet.³ Dort besteht neben Parlament, Regierung und Rechtsprechung eine eigene, als vierte Gewalt – Fourth Branch of Government – bezeichnete Instanz mittelbaren Staatshandelns. Ihre herausragenden Merkmale sind Überparteilichkeit, fachliche Expertise und ein von Regierungseinflüssen unabhängiger Vollzug gesetzlicher und eigener Regelwerke (Breger & Edles, 2000; Custos, 2006). Moderne Verfassungstheorien und die empirische Demokratietheorie betrachten solche Institutionen als Schutz gegen eine Diktatur der Mehrheit. Die Politische Systemlehre behandelt sie als „gegenmajoritäre Vetospieler“, und die deutsche Sozialversicherung wird ausdrücklich dazu gezählt (Schmidt, 2005, S. 171 f.)⁴.

Die meisten westlichen Demokratien sind Verhandlungs- bzw. Konsensdemokratien, die sich im Gefolge zunehmender Staatstätigkeit vom einstigen „Westminster-Modell“ der alleinverantwortlichen Mehrheitsregierung entfernt haben (Lijphart, 2012). Dezentralisierung, politische Machtteilung und Interorgankontrolle sind zur demokratischen Norm geworden. Die Legitimationskettentheorie des BVerfG erscheint vor diesem Hintergrund wirklichkeitsfremd. Sie ist „mit Blick auf die Vielfalt der als demokratisch bezeichneten Systeme in Deutschland, Frankreich, Italien, Großbritannien, den USA und Kanada wenig plausibel“ (Simon, 2016, S. 212) und zumindest in der ursprünglich rigorosen Formulierung des Gerichts nicht haltbar (Möllers, 2011). Nicht wenige Juristen attestieren dem Bundesverfassungsgericht ein national introvertiertes Demokratieverständnis mit „Repräsentationsperfektionismus“ (Möllers, 2015, S. 32; Cancik, 2015), dem die meisten europäischen Demokratien nicht genügen würden.

Mit Einführung variierender Legitimationsniveaus wird die Demokratiedogmatik des BVerfG nur graduell durchbrochen (Tschentscher, 2006, S. 29). Demnach kommen unterschiedliche Niveaus der Legitimationen je nach der Intensität von Grundrechtseingriffen in Anschlag. Anders als mit diesem „Trick“ wäre eine grundgesetzkonforme Legitimierung zahlreicher neuerer, im Zuge der europäischen Mehrebenenverflechtung entstandener verselbständigter Verwaltungskörper nicht möglich. Der Aufstieg des „Regulierungsstaates“ (Grande & Eberlein, 2000) und eine um sich greifende „Agencification“ (Döhler, 2007; Jann & Döhler, 2007) öffentlicher Aufgabenerledigung stellen die Rechtswissenschaft und namentlich die Interpretation der Demokratie des Grundgesetzes durch das Bundesverfassungsgericht vor Herausforderungen, die noch keineswegs gemeistert sind. Wenn etwa das Gericht festlegt, dass zur Erfüllung einer bestimmten Aufgabe auf der europäischen Ebene oder in funktionaler Selbstverwaltung das geforderte demokratische Legitimationsniveau nicht ausreicht, drängt es diese Bereiche in die unmittelbare Staatsverwaltung und beschneidet so die Spielräume subsidiärer und fachlich deliberativer Problembearbeitung. Konsequenz wäre die Nationalverstaatlichung jeglicher öffentlicher Aufgaben, ausgelöst durch die Verfassungsrechtsprechung.

Mit dem Legitimationskettenmodell und „seinem fein verästelten Kalkül der rechnerisch ermittelbaren Verantwortlichkeit trieb das Bundesverfassungsgericht das Demokratieprinzip auf eine im internationalen Vergleich einmalige formalistisch-doktrinaire Spitze“, urteilt Axel Tschentscher (2006, S. 29), von der es jetzt nur mit Mühe herunterkommt. Davon abzurücken erscheint dringlich, um der komplexen Realität öffentlicher Aufgabenerfüllung innerhalb und jenseits des Nationalstaates gerecht zu werden, und um eine sachgerechte juristische Einschätzung körperschaftlicher Mit- und Selbstverwaltung zu ermöglichen.

Die möglichen politischen und gesellschaftlichen Konsequenzen rein rechtsdogmatischer Entscheidungsgründe – aus denen sich Obergerichte wie das BSG immer wieder trickreich zu befreien wussten – betreffen nicht nur den Gesundheitssektor, sondern auch den Status funktionaler Selbstverwaltung in anderen Bereichen: Hochschulen, Technische Normung, Öffentlich-Rechtliche Medien, Kirchen und Religionsgemeinschaften etc..⁵ Zur Disposition stünde letztlich das Subsidiaritätsprinzip im deutschen Modell öffentlicher Daseinsvorsorge, das – wie der Rechtshistoriker Michael Stolleis (2001a, S. 244) betont – „beispiellos erfolgreich war“.

Die von der Rechtsprechung konstruierte Grenze zwischen unmittelbarer Staatsverwaltung und funktionaler Selbstverwaltung tangiert das ordnungspolitische Gefüge von Staat, Markt und Organisationsgesellschaft. Die GKV-Selbstverwaltung ist historisch aus Verbandsrecht hervorgegangen und kann sich auf die im Grundgesetz garantierte Vereinigungsfreiheit und Berufsfreiheit berufen. Daraus lassen sich Autonomieansprüche gegenüber dem Staat herleiten, wie sie auch in der Tarifautonomie und im kollektiven Arbeitsrecht zur Geltung kommen. Hinzu treten das vom Subsidiaritätsprinzip ausgehende Postulat der Staatsfreiheit sowie die institutionelle Verortung der Gesetzlichen Krankenversicherung außerhalb der unmittelbaren Staatsverwaltung. Leistungen der Sozialversicherung werden aus Beiträgen der Versichertengemeinschaft finanziert. Sie gelten nach Maßgabe des Bundesverfassungsgerichts als qua Mitgliedschaft erworbene individuelle Rechtsansprüche.⁶ Parlament und Regierung können darüber nicht so verfügen wie über allgemeine Steuermittel. Der im Selbstverwaltungsmodell auf unmittelbaren Sachverstand und Praxiserfahrung gestützte Interessen-

ausgleich trägt zur Befriedung von Verteilungskonflikten bei und bewirkt so eine legitimatorische Staatsentlastung. Eine Governance-Transformation des Gesundheitssektors würde nicht nur die bald 140-jährige Tradition eines als leistungsfähig angesehenen Gesundheitssystems brechen, sondern ebenso aktuellen Trends zur Dezentralisierung und Auslagerung von Normsetzungsbefugnissen auf verselbständigte Behörden zuwiderlaufen. Damit bestehen für einen Systemwechsel aus politischer, praktischer und rechtlicher Sicht hohe Hürden. Sie könnten nur fallen, wenn die Verfassungsmäßigkeit der Selbstverwaltung vom Grundsatz her, das heißt, in ihren demokratischen Legitimationsgrundlagen, erschüttert würde.

Das Bundesverfassungsgericht hat sich, wie ausgeführt, fallweise und zurückhaltend mit dem Problem befasst. Die Grundsatzfrage ließ es „mangels Entscheidungserheblichkeit“ (Gawron, 2018, S. 46) offen. Dies gibt Raum für ein politisches Kräftemessen in Gestalt wiederholter Interventionsversuche des BMG. Die verfassungsrechtliche Bewertung der Selbstverwaltung korrespondiert mit gesundheitspolitischen Reformdebatten. Stetig steigende Staatszuschüsse und Erweiterungen der Beitragspflicht könnten verfassungsrechtlich brisant werden und die Rechtsprechung als reformhemmende oder transformative, letztlich entscheidende Gestaltungsmacht erneut ins Spiel bringen. Bereits die Veränderung des paritätischen Finanzierungsmodus stellt bestehende Repräsentations- und Teilhaberechte sowie das Leitungsmodell der Selbstverwaltung in Frage (Klenk, 2006, S. 282). Mit vollständiger Entkoppelung von Erwerbsstatus und Krankenversicherung bliebe von der historischen Grundlage einer selbstverwalteten Arbeitnehmersversicherung nichts übrig.

Eine auf die Gesamtbevölkerung erweiterte Bürgerversicherung erhöht die Staatsnähe und könnte so der Legitimationstheorie des BVerfG entgegenkommen. Diese Theorie beruht auf reiner Input-Legitimation, wie sie idealerweise aus einer mit dem Volkswillen bzw. der Gesamtbürgerschaft in Gestalt des parlamentarischen Souveräns verketteten Abfolge von Wahlakten bzw. Ämterzuweisungen hervorgeht.

5 Legitimation eines selbstverwalteten Gesundheitswesens

Welche Einschätzungen und Auswege eröffnet eine politikwissenschaftliche Sicht auf das in Frage stehende Legitimationsproblem?

5.1 Output-Legitimation

Das Bundesverfassungsgericht bewertet in seinem „Nikolaus-Beschluss“ die Behandlung Schwerstkranker als intensiven Eingriff in das Grundrecht auf Leben und körperliche Unversehrtheit (Art. 2 II 1 GG). Inwieweit er einem Selbstverwaltungsorgan zusteht und welche legitimatorische Begründung hierfür in Frage käme, bleibt umstritten. Das unter Bezug auf medizinischen Sachverstand, den Stand der Wissenschaft und die Effektivität öffentlicher Aufgabenerfüllung in Anschlag gebrachte Konzept der *Output-Legitimation* gilt unter Juristen als unvollständige Legitimationsgrundlage.

Kingreen (2017) kritisiert die Output-Legitimation, ohne auf den in der empirischen Demokratietheorie verankerten Begriff näher einzugehen, als

„ein technokratisches Konzept, das ihre Vertreter am besten in einer „entpolitisierten Fachverwaltung“ (wie sie namentlich der G-BA bildet) verwirklicht sehen. Politischer Einfluss gefährdet die Fachlichkeit und wird daher als ‚fachfremd‘ zurückgewiesen. Was gute Ergebnisse bringt, kann ja legitimatorisch so schlecht nicht sein – so ließe sich das Konzept der Output-Legitimation knapp auf den Punkt bringen. Dagegen wird spitz vorgebracht, dass die Output-Legitimation auch von einer Diktatur geltend gemacht werden könne, wenn sie nur genügend akzeptable Ergebnisse erziele. Diese Kontrollüberlegung zeigt, dass gute Ergebnisse allein keine demokratische Legitimation erzeugen können“ (Kingreen, 2017, S. 161).

Diese Einschätzung verkennt nicht nur, dass wir es mit einem Gegenstand der empirischen Demokratieforschung und einer seit Fritz Scharpfs (1972) wegweisendem Beitrag seit einem halben Jahrhundert intensiv geführten demokratietheoretischen Debatte zu tun haben. Das Konzept funktionaler Selbstverwaltung in Zusammenhang mit Diktatur zu bringen, erscheint schon deshalb widersinnig, weil Diktaturen regelmäßig autonome gesellschaftliche Verbände, um die es hier geht, mit Gewalt zu unterdrücken suchen und – wo sie nützlich erscheinen – deren politische Gleichschaltung erzwingen. Solche Absichten könnte man allenfalls im Dominanzstreben des Gesundheitsministeriums entdecken oder in Kingreens (2018) provokantem Aufruf: „„Mehr Staat wagen“ bei der Beaufsichtigung des G-BA!“ Wer will, könnte darin leicht einen anti-pluralistischen Zug rousseauistischer Provenienz erkennen.⁷

Output-Legitimation ist die maßgebliche Zielgröße der Sozialpolitik. Der Begründer des britischen Wohlfahrtsstaates, William Beveridge (1943), hat dessen Leistungen als erstrangige Quelle politischer Legitimation und Schutz gegen den Verfall der Demokratie betont. Diese Sichtweise blieb den Rechtswissenschaften nicht unbekannt. So verknüpft Peter Saladin (1984; 1995) normative und empirische Elemente der Legitimität, die er als Akzeptanz im Hinblick auf rechtstaatliche Verfahren, Demokratiebewährung und Aufgabenerfüllung beschreibt. „Gerade mit dem letztgenannten Kriterium, der Aufgabenerfüllung, findet auch auf dem abstrakten Niveau der Staatslehre ähnlich der Diskussion in der Politikwissenschaft eine Output-orientierte Betrachtung Eingang in den Legitimitätsbegriff. Die Bestimmung der Legitimität hat sich demzufolge auch an dem zu orientieren, was die Herrschaftsgewalt ‚produziert‘“ (Schliesky, 2004, S. 162). Die Legitimität des modernen Staates wird darüber hinaus in zahlreichen staatsrechtlichen Veröffentlichungen und Gerichtsurteilen an dessen Zweck und Zweckerfüllung konkretisiert, etwa in Erfüllung der Aufgabe, Rechtsfrieden, Sicherheit und Gesundheit zu gewährleisten (Petersen, 2008; Tschentscher, 2006; Voßkuhle & Sydow, 2002). Ein Staat, der an diesen Aufgaben scheitert, läuft Gefahr, auch an der Demokratie zu scheitern.

Output-Legitimation ist eine notwendige, aber nicht hinreichende Bestandsvoraussetzung von Demokratie. Dies schließt den Gedanken einer input-demokratisch bestimmten Grenze von Output-Legitimation ein (Schäfer, 2006, S. 187) und verhindert so, dass, wie Kingreen (2017, S. 161) insinuiert, „die Output-Legitimation auch von einer Diktatur geltend gemacht werden kann“.

5.2 Erweiterte Input-Legitimation

Einige Staatsrechtslehrer vertreten die Auffassung, der G-BA agiere als demokratisch nicht legitimierte Fremdverwaltung gegenüber den von seinen Regelwerken betroffenen Patienten, da diese an der Regelsetzung nicht stimmberechtigt beteiligt sind. Diese Vorstellung ist noch nicht explizit in die Rechtsprechung eingedrungen. Indes sind ei-

nige Aspekte einer solchen Interpretation erwogen worden (Gassner & Holzner, 2017; Kingreen, 2017; Kluth, 2015, 2017; Sodan & Hadank, 2017).

Neben einer Stärkung der Input-Legitimation des G-BA auf Grundlage der Legitimationskettentheorie stehen neue Beteiligungskonzepte der Selbstverwaltung im Raum. Beide Vorschläge – Legitimationsverkettung von G-BA-Entscheidungen mit dem parlamentarischen Souverän und die Einrichtung einer „Dritten Bank“ mit stimmberechtigten Patientenvertretern in den Entscheidungsgremien – setzen Reformen voraus, deren Auswirkungen bislang nicht bedacht wurden. Sie betreffen die Verfahrensgrundlagen und die Leistungsperformanz der Selbstverwaltung.

Der parlamentarische Gesetzgeber entscheidet nach dem Mehrheitsprinzip, das dem an Evidenz und Expertenkonsens orientierten Entscheidungsmodus des G-BA und dessen sachlicher Begründungspflicht entgegensteht. Weil dies so ist, gibt es autonome Behörden und Selbstverwaltungen, die ihre Aufgaben unabhängig von volatilen politischen Mehrheitsverhältnissen in sachverständiger Autonomie wahrnehmen. Für deren Tätigkeit gilt, dass sie zweckprogrammiert arbeiten und nicht konditional programmiert wie die gesetzesausführende unmittelbare Staatsverwaltung. Für die Erzielbarkeit adäquater Problemlösungen bedeutet eine zunehmende Verrechtlichung, die manche Juristen als Heilmittel gegen Legitimationsprobleme vorschlagen, eine Erschwerung und keine Verbesserung der Selbstverwaltung.

Der Vorschlag, die Beteiligung am G-BA breiter aufzustellen und auf stimmberechtigte Patientenvertreter auszuweiten, erscheint gleichwohl naheliegend, zumal die Behandlung Kranker neben der Gesundheitsvorsorge den genuinen Zweck eines Gesundheitssystems ausmacht. Die Mitwirkung von Laien in einer Fachverwaltung erweitert die Wissensbasis von Entscheidungen und entspräche dem demokratischen Gleichheitsideal eines „epistemischen Egalitarismus“ (Allen, 2020, S. 73). Indessen zeigen sich bei näherer Betrachtung gewichtige Einwände gegen ein präskriptives, stark normativ aufgeladenes Konzept von Laienexpertise, die als stimmberechtigte Mitentscheidung im vorliegenden Fall einem mehrfachen Strukturbruch gleichkäme.

1. Governancetheoretisch folgt Einflusspolitik ohne Ausführungsverantwortung einer anderen Handlungslogik als der unter öffentlicher Aufsicht stehende Gesundheitskorporatismus. Korporatistische Selbststeuerung ist durch die Verknüpfung von Konfliktregelung und Implementation gekennzeichnet (Lehmbruch, 1977, 1984, p. 64; Schmitter, 1974). Entsprechend setzt die korporative Selbstverwaltung von professionseigenen Kriterien bestimmte Normen im Kreis ihrer Mitgliedschaft unter staatlicher Rechtsaufsicht selber um, während freie Einflussverbände, von Folgenverantwortung befreit, weitgehend ungehemmt von außen auf Gesetzgebung und Exekutive einwirken. Dies kommt in der Unterscheidung von Lobbying (*Pressure Politics*) und korporatistischer Einbindung zum Ausdruck. Wenn Patientenverbände ohne operativen Handlungsanteil stimmberechtigt mitentscheiden, tangiert dies nicht nur die Kräfteverhältnisse, sondern neben der Verantwortungs- und Motivationsstruktur auch das Grundverständnis professioneller Selbstverwaltung.
2. Die Ärzteschaft steht Patientenstimmrechten offener gegenüber als die Krankenkassen. Seit jeher sehen Mediziner in Patienten potentielle Verbündete, die als Leistungsempfänger auf ihrer Seite stehen, während Kassen und Gesetzgeber in Verteilungskonflikten eher restriktiv auftreten. Daraus resultierte voraussehbar ein neues Kräftegleichgewicht im Spitzengremium der GKV-Selbstverwaltung, in de-

ren 140-jähriger Geschichte ein kollektiver Patientenstatus noch nie thematisiert wurde. Patient sein war historisch stets gleichbedeutend mit kurzfristig höchst verschiedenartig kranken Individuen.

3. Über die Kräftekonstellation hinaus ändern besondere Krankenstimmrechte die Arbeitsweise der Selbstverwaltung. Sie droht zu zerfasern. Selbst eine Lähmung der Gremienarbeit erscheint voraussehbar, wenn an unerprobten Therapieformen interessierte aktivistische Laien sowohl zu medizinischen Fachexperten als auch zur Regierung in lautstarke, ggf. medienwirksam verstärkte Opposition träten. Durch öffentlichen Advocacy-Aktivismus wurden und werden erfahrungsgemäß korporatistische Arrangements leicht zerstört (Czada, 2014).
4. Der Patientenstatus bleibt idealerweise zeitlich begrenzt. Die Vorstellung, dass eine Sonderinteressengruppe chronisch Kranker eigene Status- und Vertretungsrechte erhalten soll, bricht mit dem Solidargedanken einer Versichertengemeinschaft aus gesunden und kranken Beitragszahlern, umso mehr als Patientenverbände erfahrungsgemäß von der Pharmaindustrie finanziert oder durch den Staat gefördert (Grill, 26.05.2014, S. 68), insofern nicht durch eine Mitgliederbasis, sondern von außen organisatorisch befestigt werden.⁸ Dadurch entsteht ein verzerrtes, demokratietheoretisch fragwürdiges Repräsentationsverhältnis.
5. Patienten nehmen Therapien in Anspruch, deren Angemessenheit sie nicht wissenschaftlich beurteilen können. Das daraus resultierende Schutzbedürfnis wird durch rechtlich verankerte Aufklärungspflichten, Therapie- und Haftungsregeln regulativ gewährleistet, mithin durch individuelle Patientenrechte und das Arzthaftungsrecht. Demgegenüber präferieren kollektive Patientenvertretungen im Normsetzungsprozess erfahrungsgemäß therapeutische Mehrleistungen, deren Heilwirkung oft nicht hinreichend erwiesen ist. Die Folge wären redistributiv wirkende Beschlüsse zulasten der Beitragszahler sowie zunehmende Behandlungsrisiken. Die bisherige, auf Risikovermeidung abgestellte restriktive Normsetzungspraxis erhielte eine permissive Verfahrensnote, die dem Zweck evidenzbasierter, im Zweifel risikoaverser Gefahrenvorsorge und Wirksamkeitskontrolle zuwiderliefe.
6. Eine neben der Informationsasymmetrie im Verhältnis von Patient und Arzt bestehende Besonderheit des GKV-Systems liegt darin, dass Patienten die Kosten ihrer Behandlung nicht selbst tragen. Ihre Doppelrolle als Beitragszahler und Leistungsempfänger konfrontiert sie mit einer Rationalitätsfalle, die unter Umständen Fehlansätze in Gestalt systemgefährdender Ansprüche (*moral hazard*) auslöst. Die getrennte Vertretung der über Sozialwahlen repräsentierten Versicherten und der hochgradig heterogen zusammengesetzten Gruppe der Leistungsempfänger institutionalisiert, intensiviert und kompliziert die Verteilungskonflikte im GKV-System. Gelegentliche Arztbesuche, vorübergehende Unfallbehandlungen, die Therapie chronischer Zivilisationsleiden, die Versorgung akut oder chronisch Schwerstkranker sowie die Unterschiede ambulanter und stationärer Behandlung können schwerlich eine Gruppenidentität begründen, die eine gemeinsame körperschaftliche Vertretung bzw. Patientenselbstverwaltung analog zu den Kassen-, Ärzte- und Krankenhausesverbänden rechtfertigt. Im Vordergrund stünden multiplexe Sonderinteressen, wie sie aktuell in zahlreichen, teils industriefinanzierten Patientenverbänden zum Ausdruck kommen. Diese genuin pluralistische Konstellation erscheint mit der von überschaubaren Konfliktlagen gekennzeichneten korporatistischen Konfliktregulierung und Selbstverwaltung unvereinbar.

Patientenverbände sind legitime Einflussgruppen, die in pluralistischen Demokratien die Gesundheitspolitik bereichern und zu Problemlösungen beitragen. Sie in öffentlich-rechtlich verfassten, staatlicher Rechtsaufsicht unterworfenen Selbstverwaltungsorgane einzubinden, entspräche einer prinzipiellen Systemänderung. Dem könnte die Pflichtinkorporation aller Patienten vergleichbar den KVen und Kassenverbänden entgegenwirken. Deren praktische und verfassungsrechtliche Implikationen sind allerdings ungeklärt. Eine temporäre Pflichtmitgliedschaft von Kranken in einem Kollektivorgan würde deren individuellen Rechte schmälern; worüber sie kollektiv mitentscheiden, ließe sich nur beschränkt durch Individualklagen anfechten. Organisatorisch müssten die Mitglieder in Arztpraxen laufend erfasst, temporäre Pflichtbeiträge abgerechnet und eine gesonderte Stimmabgabe in Sozialwahlen ermöglicht werden. Das Ergebnis wäre ein volatiles patientenkorporatistisches Element im Gesundheitskorporatismus, das zumindest einige der oben erwähnten Einwände entkräften könnte, zugleich aber auch eine Vereinheitlichung und Disziplinierung vielfältiger Patienteninteressen zur Folge hätte.

5.3 Korporatismus als Ausweg?

Die Fähigkeit organisations- und konfliktfähiger autonomer Verbände, der Politik „unumgehbare Daten“ zu setzen (Böckenförde, 1976), legt es nahe, sie korporatistisch einzuhegen (Offe, 1981). Dies funktioniert nicht auf dem Wege staatlicher Fachaufsicht. Ansätze des „Staatskorporatismus“ bis hin zur politischen Gleichschaltung von Verbänden sind regelmäßig gescheitert. Allein der „sozietale“ (Schmitter, 1974) bzw. „liberale“ (Lehmbruch, 1977) Korporatismus kann konsentrierte Konfliktlösungen und effektive Steuerungsleistungen simultan hervorbringen. Ohne Handlungsautonomie wären Selbstverwaltungsorgane Erfüllungsgehilfen wechselnder Regierungsmehrheiten. Zugleich wäre die Gefolgschaft ihrer Mitglieder gefährdet. Das Besondere der in Selbstverwaltung erfolgten Regelsetzung besteht darin, dass sie sich an einen begrenzten, aus Mitgliedern bestehenden Personenkreis richtet und daraus die Geltungskraft anerkannter Verfahren eines evidenzbasierten Interessenausgleichs herleitet. Im Unterschied zu Gesetzgebungsmehrheiten und einer ausführenden Staatsverwaltung kommt hier idealerweise der an ein Fachpublikum gerichtete zwanglose Zwang des besseren Arguments zum Tragen.

Der Gesundheitskorporatismus stößt über Fragen seiner demokratischen Legitimation hinaus auf Akzeptanzprobleme. Begriffe wie „Ständestaat“ oder „Mittelalter“ tauchen in der juristischen Literatur in pejorativer Weise auf. Tatsächlich ist Korporatismus eine Steuerungsalternative zu Staatswirtschaft und Laissez-Faire-Kapitalismus. In Deutschland betrifft dies im Wesentlichen noch den Arbeitsmarkt, die Arbeitsbeziehungen und den Gesundheitssektor. In einigen europäischen Ländern (Niederlande, Schweiz, Österreich, Skandinavien) greift die korporatistische Regulierung weiter aus und umfasst etwa in der Schweiz den Wohnungssektor. Das Mietrecht besteht dort aus einem „Gesamtmietvertrag“, den die Spitzenverbände der Hauseigentümer und Mieter aushandeln. Weitere Bereiche, in denen Selbstregulierung stattfindet – Wissenschaft und Forschung, der öffentlich-rechtliche Mediensektor, das technische Normungswesen – gelten von vornherein als eingeschränkt marktfähig oder genießen einen verfassungsrechtlich garantierten Autonomiestatus.

Die gängige Kritik an liberal-korporatistischen Governance-Institutionen ist zu meist ideologisch begründet oder beruht auf Unkenntnis der Bestandsvoraussetzungen

und Funktionsprobleme dieses politisch-ökonomischen Steuerungstypus. Dazu zählt ein durch die Sonderstellung von Verbandseliten entstehendes „Intermediaritätsdilemma“. Es erscheint im Gesundheitssektor besonders ausgeprägt. Verbandliche Selbstverwaltung operiert zwischen Forderungen ihrer Mitglieder nach effektiver Interessenvertretung und staatlicherseits artikulierten Ansprüchen an deren Gemeinwohlbeitrag. Die intermediäre Stellung zwischen Mitgliederinteressen und Staatsauftrag konfrontiert Verbandsführungen mit widerstreitenden Handlungslogiken: Als Interessenvertreter sind sie ihrer Mitgliedschaft verpflichtet, als Verhandlungspartner werden ihnen im Austausch mit anderen Verbänden und dem Staat Kompromissbereitschaft im Interesse der Allgemeinheit abverlangt. Das Spannungsfeld von Vertretung und Verhandlung drängt sie zu Konfliktmoderation und Kompromissbildung. Dies unterscheidet den Verbändekorporatismus vom pluralistischen Kräfteressen, das allein Interessendurchsetzung zum Ziel hat.

Eine häufige Kritik an korporatistischen Strukturen betrifft deren Mangel an Öffentlichkeit und Transparenz (Reichenbachs & Nullmeier, 2016). Tatsächlich kann Öffentlichkeit die Konsensbildung in Verhandlungen erschweren. Sie kann Fensterreden begünstigen und in der Sache begründete Wahrheiten unausgesprochen lassen (Czada, 2014). Dies gilt für Tarifverhandlungen oder Gipfelrunden mit Verbandsvertretern im Kanzleramt mehr als für die Beratung von Gesundheitsnormen. Das Beschlussgremium des G-BA tagt in der Regel zweimal im Monat öffentlich. Seit 1. Januar 2020 werden die Sitzungen live im Internet übertragen und in einer Mediathek zum Abruf vorgehalten. Es gibt keine andere, insbesondere staatsunmittelbare Verwaltung, die sich ähnlich transparent zeigt. Das Bundesinformationsfreiheitsgesetz, über dessen Transparenzgebote der G-BA weit hinausgeht, wird in Bundesbehörden überwiegend restriktiv gehandhabt (Ziekow, Debus & Musch, 2013). Die Selbstverwaltung bietet aufgrund ihrer Repräsentationsstruktur Möglichkeiten der Offenlegung, die der Staatsverwaltung verschlossen sind. Hinzu kommt, dass der liberale Korporatismus den pluralistischen Interessenwettbewerb nicht verdrängt, sondern ein eigenständiges Subsystem der Interessenvermittlung neben freien pluralistischen Einflussverbänden und dem demokratischen Parteienwettbewerb darstellt (Lehmbruch, 1977). Es handle sich daher keineswegs um ein ständisch geschlossenes, wettbewerbsfeindliches System der Selbstermächtigung, wie es ideologisch gepolte Kritiker gerne darstellen.

Die Beteiligung und Einbindung, damit auch interessenpolitische „Zähmung“ von Verbänden setzt nach Erkenntnissen der empirischen Korporatismusforschung Autonomie voraus. Anders können Verbände die von ihnen erwartete Systemleistung nicht erfüllen. Dazu gehört die Anerkennung des in ihnen aufgehobenen sozialen und epistemischen Kapitals. Ihr Steuerungsbeitrag zur Lösung gesellschaftlicher Probleme beruht auf einem politischen Austauschkalkül, das Gefolgschaft, Effektivität und Stabilität in einem institutionellen Arrangement zwischen konkurrierenden Verbänden und dem Staat sichert (Behrends, 1999, S. 92-99; Lehmbruch, 1988, S. 20; Lehmbruch & Schmitter, 1982). Ob eine Regierung diesem Kalkül folgt, hängt von ideologischen Dispositiven ab: Marktliberale Kräfte geben rein marktwirtschaftlicher Regulierung den Vorzug (Streit, 1988). Kritisch zeigen sich aber auch die Verfechter rein staatlicher Regulierung. Sie sehen intermediäre Verbände als Gefährdung, nicht in erster Linie der Marktwirtschaft, sondern des staatlichen Souveränitäts- und Herrschaftsanspruchs.

Ein verstaatlichtes und politisiertes Gesundheitswesen würde die Gefolgschaft der Leistungserbringer in ihren Verbänden schwächen, und könnte deren Politisierung bis

zur Auflösung des GKV-Systems und seiner Vertretungsmechanismen vorantreiben. Übrig blieben die freien Berufsverbände, die dann als Sonderinteressengruppen von Urologen, Ophthalmologen, Onkologen, Gynäkologen, Otologen, Rhinologen, Pneumologen, Laryngologen etc. als Lobbyisten das politisch-administrative Feld beherrschen. Ob eine solche Pluralisierung der Interessenvermittlung mehr Legitimation erzeugt und der medizinischen Versorgung und Gesundheit dienlich wäre, erscheint zweifelhaft. Was also tun, wenn die Ordnungsformen Markt und Staat ein Akzeptanz- und Steuerungsproblem aufweisen und Verfassungsjuristen dem Verbändekorporatismus ein Legitimationsdefizit nachsagen?

6 Die ursprüngliche Demokratie der Selbstverwaltung

Das „Gesetz, betreffend die Krankenversicherung der Arbeiter“ von 1883 (RGBl 1883, Nr. 9, S 73-104.) liest sich wie ein Lehrstück in Mitbestimmung und kollektiver Vertragsfreiheit. Ihm zufolge wählt die Generalversammlung der Versicherten die Vorstände der Krankenkasse. Zählt sie 500 und mehr Mitglieder erfolgt die Vorstandswahl durch gewählte Vertreter der Mitgliedschaft. Als Verwaltungsgrundlage ist ein Kassenstatut zu errichten und der Gemeindebehörde – im Fall überörtlicher Kassen der höheren Verwaltungsbehörde – zur Genehmigung vorzulegen. Die Genehmigung darf nur versagt werden, wenn das Statut den Anforderungen des Gesetzes nicht genügt. Im Gesetzgebungsprozess bestanden Nationalliberale und das katholische Zentrum auf der Selbstverwaltung als freiheitliches, gesellschaftliches Gegengewicht zum öffentlich-rechtlichen Zwang in der Sozialversicherung (Stolleis, 2001b, S. 284).

Die freiheitlich-demokratischen Grundsätze der Krankenversicherung von 1883 blieben bis heute erhalten: Sozialwahl, Vertreterversammlung, Selbstverwaltung unter öffentlicher Rechtsaufsicht. Auf die Ärzte und deren Tätigkeit geht das Gesetz nicht ein. Es erwähnt sie nur an einer Stelle in § 46, „die „Abschließung gemeinsamer Verträge mit Ärzten, Apotheken und Krankenhäusern“ betreffend. Die Leistungserbringung überlässt das Gesetz ganz der Übereinkunft mit Vertragsärzten. Es ist insofern nicht nur eine Lektion in Basisdemokratie, sondern auch in kollektiver Vertragsfreiheit. Die Kassenvorstände wurden ausdrücklich ermächtigt, Verträge mit Kassenärzten ohne staatliche Einmischung abzuschließen.

Was ist an dieser ursprünglichen Graswurzeldemokratie auszusetzen? Die gegenwärtige juristische Kritik müsste tatsächlich bereits am Gesetz von 1883 das Fehlen einer direkten Legitimationskette zum parlamentarischen Souverän bemängeln. Wo bleibt die geforderte Berufung der Amtswalter durch das parlamentarisch repräsentierte Volk? Bis auf jüngste Einwände kam in mehr als 100 Jahren niemand auf die Idee, das Gesetz von 1883 könne mit einem Demokratiedefizit behaftet sein (Kluth, 2001, S. 17-18). Erst die Legitimationstheorie des Bundesverfassungsgerichts und eine rigide Grundrechtsauslegung nährten eine „Demokratiekritik“, die in der Konsequenz auf ein enger an den Staat gebundenes, weniger selbstverwaltetes Gesundheitssystem hinauslief.

In der GKV gibt es bis heute die Vertreterversammlung, einen ehrenamtlichen Verwaltungsrat sowie einen hauptamtlichen Vorstand. Der Verwaltungsrat trifft die Grundsatzentscheidungen. Nach wie vor ist er paritätisch mit Vertretern der Versicherten und der Arbeitgeber besetzt, die in Sozialwahlen bestimmt werden. Die ärztliche und stationäre Versorgung basiert auf frei ausgehandelten Verträgen mit den Leis-

tungserbringern. Über den Leistungskatalog der GKV entscheidet der Gemeinsame Bundesausschuss als Spitzengremium der Selbstverwaltung.

Schwächen des Systems sind historisch-politisch erklärbar – als Spätfolge tiefgreifender Konflikte zwischen Ärzten und Krankenkassen und daran anschließende Staatseingriffe. Sie beginnen damit, dass Ärzte ursprünglich nicht beteiligt waren, sondern vereinzelt dem Kassensystem beitraten. Erst im Zeitverlauf entstand die Fronstellung standesbewusster, organisierter Kassenärzte gegenüber in Krankenkassen tonangebenden klassenbewussten Arbeitern. Der aufkommende Konflikt über die Honorierung ärztlicher Leistungen verlief zwischen Gewerkschaften und Sozialdemokraten, die sich der Gremien der Krankenversicherung bemächtigt hatten, und dem als Kampfverband gegründeten Hartmannbund der Ärzteschaft. Diese Konfrontation war noch in den 1960er Jahren spürbar (Naschold, 1967), hat sich zwischenzeitlich aber zu einem konstruktiven Interessenausgleich entwickelt. Beiden Seiten – Ärzten und Krankenkassen – liegt am Erhalt des selbstverwalteten GKV-Systems; erkennbar daran, dass sie in Reformdebatten gemeinsam gegen eine überbordende Ökonomisierung und Bürokratisierung auftraten. Die Selbstverwaltung ist der Stabilitätsanker einer Gesundheitspolitik, die zwischen Forderungen nach mehr Markt und mehr Staat mäandert (Gerlinger & Urban, 2010; Schroeder & Burau, 2008).

So stellt sich die Frage, ob sich das ursprüngliche Demokratiemodell der Selbstverwaltung wiederbeleben ließe. Die dafür zu überwindenden Hürden sind juristisch, organisatorisch und politisch kulturell bedingt. Neben juristischen Einwänden müssten die bürokratischen Verkrustungen und eine daraus resultierende Beteiligungssapathie der Versicherten überwunden werden. Letztere haben wenig Anreiz, an Sozialwahlen teilzunehmen, die für sie wichtige Entscheidungen angesichts staatlicher Bevormundung nicht erkennbar beeinflussen. Eine Lehre aus der Korporatismusforschung der 1970er Jahre lautet: Korporatistische Konfliktregelung und Selbststeuerung basieren auf politischen Austauschbeziehungen, die nur auf der Basis von Autonomie funktionieren können (Lehmbruch, 1984; Pizzorno, 1978). Ohne Autonomie der Verhandlungspartner mutieren Verhandlungssysteme zu einseitiger Herrschaftsausübung. Ein Hauptmangel besteht daher nicht in zu viel, sondern zu wenig Autonomie einer stark verrechtlichten Selbstverwaltung. Die juristische Kritik der Legitimation von Selbstverwaltung verkennt in eklatanter Fehleinschätzung diesen logisch naheliegenden und empirisch erwiesenen Sachverhalt.

7 Legitimationsgründe einer nicht-majoritären Selbstverwaltung

Körperschaftliche Selbstverwaltung findet sich in vielen Bereichen, wo komplexe Sachverhalte, spezialisiertes Expertenwissen und eine starke Entwicklungsdynamik von Wissenschaft und Technik vorliegen. Dies betrifft neben dem Gesundheitssektor insbesondere die Technikregulierung. Sie war historisch „zu keiner Zeit überwiegend oder gar ausschließlich durch formale Rechtsetzung und bürokratischen Regelvollzug bestimmt (...) Das Recht kann und konnte nicht mithalten, wo Märkte, Wissenschaft und Technik täglich neue Probleme und Lösungen hervorbringen“ (Czada, Lütz & Mette, 2003, S. 14). Im Unterschied zu Industrienormen, zum Kammer- und Innungswesen, zur dualen Berufsbildung und technischen Sicherheitsregulierung wird in der GKV-Selbstverwaltung

eine Besonderheit hervorgehoben und als Legitimationsproblem ausgeflaggt: Es sind die Folgewirkungen von G-BA-Beschlüssen für die Gesundheit von Patienten, die von einigen Verfassungsjuristen als Grundrechtseingriff bewertet werden. Sie übersehen, dass autonome Expertengremien, Kommissionen, Agenturen und Instanzen der Sicherheitsregulierung weltweit über Fragen von Leben und Tod entscheiden, ohne dass darin gravierende Demokratiedefizite erkannt würden. Die technische Sicherheitsregulierung, Chemikalienregulierung, Arzneimittelregulierung, Atomaufsicht betreffen den Umgang mit Lebens- und Gesundheitsrisiken in nicht geringerem Maße als Entscheidungen des G-BA. Diese „privaten Regierungen“ (Brennecke, 1996; Voelzkow, 1996) sind auf Risikominimierung programmiert. Daraus folgt ein restriktives Vorgehen bei der Zulassung neuer, noch unerprobter, in ihren Wirkungsweisen unerforschter, möglicherweise gefährlicher Güter, Prozesse oder Behandlungsmethoden. Forderungen von Schwerstkranken, diesen restriktiven Umgang in der Hoffnung auf Heilung aufzuweichen, verkehren den Grundsatz der Gefahrenvorsorge ins Gegenteil.

Angesichts juristischer Debatten im Gefolge des Nikolaus-Urteils stellt sich generell die Frage: Was ist ein allein dem Staat zustehender intensiver Grundrechtseingriff und welche Schutzgüter stehen dabei in Frage? Die Meinungsfreiheit gehört offenbar nicht dazu. Denn neuerdings sollen und dürfen Privatunternehmen wie Facebook, Twitter, Instagram, Google etc. Personen durch die Sperrung ihrer Social-Media-Accounts von diesem Grundrecht ausschließen. Das 2017 in Kraft getretene „Gesetz zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken“, kurz Netzwerkdurchsetzungsgesetz (NetzDG) gibt ihnen das Recht dazu, obwohl sie, anders als öffentlich-rechtliche Selbstverwaltungskörperschaften, nur durch Marktmacht und in keinsten Weise demokratisch legitimiert sind.

Die demokratische Rechtfertigung der Vielgestalt funktionaler Selbst- und Fremdverwaltung stellt die Rechtsprechung vor ein Dilemma. Eine staatliche Fachaufsicht über alle nichtstaatlichen Verbandsakteure, die gesamtgesellschaftlich relevante Normen bestimmen und umsetzen, würde Grundprinzipien der pluralistischen Demokratie ins Wanken bringen und auf eine Lähmung der Selbststeuerungsfähigkeit sozialer Subsysteme hinauslaufen (Czada, 2020). Das Risiko, damit eine Governance-Revolution auszulösen, drängt das BVerfG, von seiner Legitimationskettentheorie abzurücken. Deren Leitlinie, wonach jeder Verwaltungsakt auf den Willen des Souveräns zurück verfolgbar sein muss, hat das Gericht mit der Konstruktion variierender Legitimationsniveaus für unterschiedlich intensive Grundrechtseingriffe bereits aufgegeben.

Wer die Demokratiequalität der Selbstverwaltung auf der Basis empirischer Demokratietheorien (Lijphart, 2012), pluralismustheoretischer Überlegungen (Czada, 2020) und nicht-majoritärer Demokratiemodelle (Lehmbruch, 2003) sowie neuerer Governance-Theorien (Benz, Lütz, Schimank & Simonis, 2007) beurteilt, sieht weniger das Problem imaginärer Legitimationsketten als ein durch *Checks und Balances* gekennzeichnetes institutionelles Kontroll- und Abstützungsgefüge, in dem das öffentliche Interesse an höchstmöglichen Standards bzw. Regulierungsnormen durch sachverständigen Interessenausgleich zur Geltung kommt. Rechtfertigung gründet hier wesentlich auf staatlich garantierten Verfahrensgrundsätzen und Output-Legitimität in einem klar begrenzten Aufgabenbereich. Nicht-majoritäre Regierungsformen finden sich in Zentralbanken, Verfassungsgerichten, im Kammerwesen oder autonomen Selbstverwaltungskörperschaften wie Universitäten, Kommunen oder Krankenkassen. Sie genießen in der Bevölkerung zumeist höheres Ansehen als Regierungen, Staatsverwal-

tungen, Parteien und Parlamente.⁹ Ihre Anerkennung beruht nicht auf Legitimationsketten, wie sie gedanklich früh-neuzeitlichen Souveränitätsideen eines Thomas Hobbes oder Jean Bodin entspringen. Sie entsteht aus funktionaler und territorialer Machtteilung, Interorgankontrolle¹⁰, und dem pluralistischen Meinungs- und Kräfteausgleich zwischen autonomen Gruppen der Organisationsgesellschaft, kurz aus dem, was die Pluralismustheorie als „Intelligenz der Demokratie“ (Lindblom, 1965) beschrieb. Das aus Sicht eines monistischen Legitimationskonzepts der GKV-Selbstverwaltung zugeschriebene Demokratiedefizit erscheint vor diesem Hintergrund vor allem als Autonomiedefizit, das einer stärkeren Beteiligung der Versicherten als maßgeblich Betroffenen entgegensteht. Der Versuch, Selbstverwaltungsorgane immer stärker an den Staat zu binden, stärkt nicht die Demokratie. Er führt dazu, dass Verbände der Organisationsgesellschaft die von ihnen erwartete Systemleistung einer evidenzbasierten kompromissförmigen Konfliktregelung nicht mehr adäquat erfüllen können.

Anmerkungen

- * Der Artikel entstand im Kontext eines Forschungsprojektes der Kassenärztlichen und der Kassenzahnärztlichen Bundesvereinigung zur Entwicklung, Struktur, sozialen Einbettung, Funktionsweise und Legitimationsgrundlage der funktionalen Selbstverwaltung im Gesundheitswesen. Drei anonymen Publikationsgutachten und den Herausgebern des dms-Sonderheftes verdanke ich hilfreiche Überarbeitungshinweise, ebenso den Beteiligten der Tagung „Organisierte Interessen und Recht, organisierte Interessen im Recht“ des AK Organisierte Interessen in Kooperation mit der Sektion Policy-Analyse und Verwaltungswissenschaft in der Deutschen Vereinigung für Politikwissenschaft (DVPW) am 28. und 29. November 2019 an der Ruhr-Universität Bochum. Aus Gründen der besseren Lesbarkeit wird die männliche Sprachform verwendet, die weibliche Form ist selbstverständlich jeweils eingeschlossen.
- 1 Eine Datenbank aller Fälle findet sich auf der Seite des Instituts für Sozial- und Gesundheitsrecht der Ruhr-Universität Bochum: <https://www.nikolaus-beschluss.de/pages/nikolaus-beschluss>
- 2 Eine Übersicht der den G-BA betreffenden Gesetze seit 2004 bietet: https://www.g-ba.de/downloads/17-98-3398/2020-06-11_Zeitleiste.pdf
- 3 Johannes Althusius ([1603], 1995) entwickelte die ältesten Denkansätze zum Konzept territorialer und funktionaler Machtteilung. Sie waren gegen zeitgenössische Souveränitätsideen gerichtet und erfahren in aktuellen Beiträgen zum Begriff „Verhandlungsdemokratie“ neue Aufmerksamkeit (Czada, 2000; 2020, Benz 2020).
- 4 Michael Stolleis (2001b, S. 284 f.) betont, dass die Selbstverwaltung der Sozialversicherung in den 1880er Jahren als freiheitliches, gesellschaftliches Gegengewicht zu Parlament und Regierung konzipiert wurde und bestätigt damit deren ursprünglich gegenmajoritäre Stoßrichtung.
- 5 Das Bundesverfassungsgericht hat die korporativen Autonomierechte von Kirchen- und Religionsgemeinschaften, der Selbstverwaltung im Gesundheitswesen, von Tarifverbänden im kollektiven Arbeitsrecht, politischen Parteien, Naturschutz und Umweltverbänden bislang höchst unterschiedlich ausgelegt, wobei die Autonomieansprüche von Kirchen- und Religionsgemeinschaften durchwegs am meisten geschont wurden (Gawron, 2018).
- 6 Letztlich hängt die Bewertung der Eigentumsrechte von Versicherten davon ab, wie weit ihr Leistungsbezug auf eigenen Beiträgen oder auf staatlicher Gewährleistung beruht (vgl. BVerfGE 2, 380 [399 ff.]). Wenn der Staat als Gewährleistungsstaat in das Sozialversicherungseigentum eingreift – etwa durch großzügige Gewährung von Gesundheitsleistungen zu Lasten von Beitragszahlern – stellt sich die Frage nach deren Grundrechtsschutz gemäß Art. 14 GG umso mehr, wenn Leistungen nicht sachlich-medizinisch gerechtfertigt sind, sondern als (opportunistisches) Resultat des demokratischen Parteienwettbewerbs im Sinne der Theorie politischer Wahlzyklen als Wahlgeschenke gewährt werden (Frey, 1976; Köhler, 2018; Markwardt, 2009; Müller & Louwerse, 2018; Potrafke, 2012; Schmidt, 1983).
- 7 Rousseaus Demokratiekonzept betont die Unterordnung des Sozialen unter eine einheitliche Staatsform. Hier kommt erstmals in der politischen Ideengeschichte eine monistisch-totalitäre Gesellschaftstheorie zum Vorschein, während Machiavelli, Hegel, Nietzsche und sogar Hobbes in ihren

- jeweiligen Theorien die Struktur der nichtpolitischen Gesellschaft weitgehend intakt ließen (Nisbet, 1943, p. 94).
- 8 Selbst die sich als „einzige unabhängige Patientenschutzorganisation für schwerstpflegebedürftige, schwerstkranke und sterbende Menschen“ (<https://www.stiftung-patientenschutz.de/stiftung>) bezeichnende „Deutsche Stiftung Patientenschutz“ erwies sich als industrienah aufgestellt. „Der Spiegel“ nannte sie eine „Bodentruppe der Industrie“ basierend auf Geldzuwendungen und personellen Verflechtungen etwa mit dem Pharmaunternehmen Grünenthal und der Rhön-Klinikum AG. In den Leitungsgremien finden sich keine Patienten oder Angehörige. Allein 2013 erhielten „Patientenverbände“ 5,6 Mio. Euro von Pharmaunternehmen (Grill, 2014, S. 68 f.).
 - 9 Dies mag daran liegen, dass nicht-majoritäre Institutionen als Funktions- und Leistungsträger auf der Output-Seite des politischen Systems stehen, unmittelbar erfahrbare Leitungen erbringen und kaum öffentlichen Debatten und dem Parteienstreit ausgesetzt sind (Gräf & Jagodzinski, 1998). Die Parteien, der Bundestag und die Bundesregierung genießen seit Jahrzehnten geringeres Institutionenvertrauen als die Krankenversicherung, das Bundesverfassungsgericht, Hochschulen und Universitäten, Öffentlich-Rechtliche Medien und neuerdings Verbraucherzentralen.
 - 10 Das Governance-Konzept folgt dieser Vorstellung, indem es die Aufmerksamkeit von der Regierung auf das Regieren lenkt. Der Governancebegriff umfasst vielfältige Regierungsakteure auf unterschiedlichen Ebenen – lokal, regional, national, supranational - und Prozesse, in denen verschiedene relativ autonome korporative Akteure gemeinsam kollektive Probleme lösen und Regierungsmacht ausüben.

Literatur

- Allen, Danielle S. (2020). *Politische Gleichheit*. Frankfurter Adorno-Vorlesungen. Berlin: Suhrkamp.
- Althusius, Johannes ([1603] 1995). *Politica. Politics Methodically Set Forth and Illustrated with Sacred and Profane Examples* (abridged translation of the 3d ed. of 1614), hrsg. und übersetzt von Frederick S. Carney, Indianapolis: Liberty Fund.
- Behrends, Sylke (1999). *Erklärung von Gruppenphänomenen in der Wirtschaftspolitik*. Berlin: Duncker & Humblot.
- Benz, Arthur (2020). *Föderale Demokratie: Regieren im Spannungsfeld von Interdependenz und Autonomie*. Baden-Baden: Nomos.
- Benz, Arthur, Lütz, Susanne, Schimank, Uwe & Simonis, Georg (Hrsg.). (2007). *Handbuch Governance: Theoretische Grundlagen und empirische Anwendungsfelder*. Wiesbaden: VS Verlag.
- Beveridge, William H. (1943). *Der Beveridgeplan: Sozialversicherung und verwandte Leistungen*. Bericht, dem Britischen Parlament überreicht im November 1942. Zürich: Europa Verl.
- Böckenförde, Ernst-Wolfgang (1976). Die politische Funktion wirtschaftlich-sozialer Verbände und Interessenträger in der sozialstaatlichen Demokratie: Ein Beitrag zum Problem der „Regierbarkeit“. *Der Staat*, 15 (4), 457-483.
- Breger, Marshall J. & Edles, Gary J. (2000). Established by practice: the theory and operation of independent federal agencies. *Admin. L. Rev.*, 52, 1112-1294.
- Brennecke, Volker M. (1996). *Normsetzung durch private Verbände: Zur Verschränkung von staatlicher Steuerung und gesellschaftlicher Selbstregulierung im Umweltschutz*. Düsseldorf: Werner.
- Cancik, Pascale (Hrsg.) (2015). *Demokratie und Selbstverwaltung – Selbstverwaltung in der Demokratie*. Göttingen: V & R Univ.-Verl. Osnabrück
- Custos, Dominique (2006). The Rulemaking Power of Independent Regulatory Agencies. *The American Journal of Comparative Law*, 54 (suppl 1), 615-639.
- Czada, Roland (2000). Konkordanz, Korporatismus und Politikverflechtung: Dimensionen der Verhandlungsdemokratie. In Everhard Holtmann & Helmut Voelzkow (Hrsg.), *Zwischen Wettbewerbs- und Verhandlungsdemokratie: Analysen zum Regierungssystem der Bundesrepublik Deutschland* (S. 23-49). Wiesbaden: VS Verlag.
- Czada, Roland (2014). Informalität und Öffentlichkeit in politischen Aushandlungsprozessen. *Zeitschrift für Vergleichende Politikwissenschaft*, 8 (S1), 115-139.
- Czada, Roland (2018). Korporatismus. In *Staatslexikon. Recht, Wirtschaft, Gesellschaft*. Bd.3, 8. Aufl. (S. 269-271). Freiburg: Herder. Verfügbar unter: <http://bit.ly/Korporatismus> [1. Sept. 2020].

- Czada, Roland (2020). Pluralism. In Dirk Berg-Schlosser, Bertrand Badie & Leonardo Morlino (Eds.), *The SAGE Handbook of Political Science* (pp. 567-583). Beverly Hills, CA: SAGE Publications. Verfügbar unter: <https://www.politik.uos.de/download/pluralism.pdf> [1. Sept. 2020].
- Czada, Roland, Lütz, Susanne & Mette, Stefan (2003). *Regulative Politik*. Wiesbaden: VS Verlag.
- Döhler, Marian (2007). Vom Amt zur Agentur? Organisationsvielfalt, Anpassungsdruck und institutionelle Wandlungsprozesse im deutschen Verwaltungsmodell. In Werner Jann & Marian Döhler (Hrsg.), *Agencies in Westeuropa* (S. 12-47). Wiesbaden: VS Verlag.
- Frey, Bruno S. (1976). Theorie und Empirie Politischer Konjunkturzyklen. *Zeitschrift für Nationalökonomie*, 36 (1), 95-120.
- Gassner, Ulrich M. & Holzner, Thomas (2017). *Rechtsgutachten zur verfassungsrechtlichen Legitimation des G-BA: Endbericht*. Erstellt im Auftrag des Bundesministeriums für Gesundheit. Berlin.
- Gawron, Thomas (2018). *Bundesverfassungsgericht und organisierte Interessen: Konstellationen von Mobilisierung, Entscheidung und Implementation*. Frankfurt am Main: Verlag für Verwaltungswissenschaft.
- Gerlinger, Thomas (2009). Der Wandel der Interessenvermittlung in der Gesundheitspolitik. In Britta Rehder, Thomas von Winter & Ulrich Willems (Hrsg.), *Interessenvermittlung in Politikfeldern. Vergleichende Befunde der Policy- und Verbändeforschung* (S. 33-51). Wiesbaden: VS Verlag.
- Gerlinger, Thomas & Urban, Hans-Jürgen (2010). Auf dem Weg zum Systemwechsel: Gesundheitspolitik schwarz-gelb. *Blätter für deutsche und internationale Politik*, 55-63.
- Gräf, Lorenz & Jagodzinski, Wolfgang (1998). Wer vertraut welcher Institution: Sozialstrukturell und politisch bedingte Unterschiede im Institutionenvertrauen. In: Michael Braun & Peter P. Mohler (Hrsg.), *Blickpunkt Gesellschaft 4* (S. 283-312). Wiesbaden: VS Verlag.
- Grande, Edgar & Eberlein, Burkard (2000). Der Aufstieg des Regulierungsstaates im Infrastrukturbereich. In Roland Czada & Hellmut Wollmann (Hrsg.), *Von der Bonner zur Berliner Republik: 10 Jahre Deutsche Einheit. Leviathan-SH 19* (S. 631-650). Wiesbaden: VS Verlag.
- Grill, Markus (2014, 26. Mai). Bodentruppe der Industrie. *Der Spiegel*. Verfügbar unter: <https://www.spiegel.de/spiegel/print/d-127194939.html>.
- Hase, Friedhelm (2017). *Die Rechtsetzung des Gemeinsamen Bundesausschusses im System des Leistungserbringungsrechts der gesetzlichen Krankenversicherung: Normbildung durch die Selbstverwaltung bei extremer Dynamik des gesundheitlichen Versorgungsgeschehens: Gutachten im Auftrag des Gemeinsamen Bundesausschusses*. Bremen.
- Hoffmann-Riem, Wolfgang (1994). Stadien des Rundfunk-Richterrechts. In Otfried Jarren (Hrsg.), *Medienwandel – Gesellschaftswandel?* (S. 17-33). Berlin: Vistas.
- Höpner, Martin (2010). *Warum betreibt der Europäische Gerichtshof Rechtsfortbildung? Die Politisierungshypothese*. (MPIfG working paper). Köln.
- Huster, Stefan (2017). Ein Gericht rudert zurück: „Nikolaus“ ohne Haus. *VerfBlog*, 2017/5/14, <https://verfassungsblog.de/ein-gericht-rudert-zurueck-nikolaus-ohne-haus>.
- Jann, Werner & Döhler, Marian (Hrsg.) (2007). *Agencies in Westeuropa*. Wiesbaden: VS Verlag.
- Kingreen, Thorsten (2017). *Optionen zur Stärkung der demokratischen Legitimation des Gemeinsamen Bundesausschusses im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung*. Rechtsgutachten für das Bundesministerium für Gesundheit. Berlin.
- Kingreen, Thorsten (2018, November). *Mehr Staat wagen! Die Aufsicht über den Gemeinsamen Bundesausschuss*. Vortrag beim Symposium zum 80. Geburtstag von Prof. Dr. Friedrich E. Schnapp am 23.11.2018, Bochum.
- Klenk, Tanja (2006). Selbstverwaltung – ein Kernelement demokratischer Sozialstaatlichkeit?: Szenarien zur Zukunft der sozialen Selbstverwaltung. *Zeitschrift für Sozialreform*, 52 (2), 273-291.
- Kluth, Winfried (2001). Demokratische Legitimation in der funktionalen Selbstverwaltung – Grundzüge und Grundprobleme. In Friedrich E. Schnapp (Hrsg.), *Bochumer Schriften zum Sozialrecht: Vol. 8. Funktionale Selbstverwaltung und Demokratieprinzip – am Beispiel der Sozialversicherung* (S. 17-42). Frankfurt am Main: Lang.
- Kluth, Winfried (2015). *Rechtsgutachten zur verfassungsrechtlichen Beurteilung des Gemeinsamen Bundesausschusses (GBA) nach § 91 SGB V*. Erstellt im Auftrag des Gemeinsamen Bundesausschusses. Berlin u. Halle (Saale).

- Kluth, Winfried (2017). *Rechtsgutachten: Verfassungsrechtliche Legitimation des Gemeinsamen Bundesausschusses*.: Erstellt im Auftrag des Bundesministeriums für Gesundheit. Berlin.
- Köhler, Andreas (2018). *Vote-Seeking in der deutschen Gesundheitspolitik: Der Einfluss von bevorstehenden Wahlen in Bund und Ländern auf Reforminitiativen*. Wiesbaden: VS Verlag.
- Lehmbruch, Gerhard (1977). Liberal Corporatism and Party Government. *Comparative Political Studies*, 10 (1), 91-126.
- Lehmbruch, Gerhard (1984). Concertation and the structure of corporatist networks. In John H. Goldthorpe (Ed.), *Order and conflict in contemporary capitalism* (pp. 60-80). Oxford: Clarendon Pr.
- Lehmbruch, Gerhard (1988). Der Neokorporatismus der Bundesrepublik im internationalen Vergleich und die „Konzertierte Aktion im Gesundheitswesen“. In Gerard Gäfgen (Hrsg.), *Neokorporatismus und Gesundheitswesen* (S. 11-32). Baden-Baden: Nomos.
- Lehmbruch, Gerhard (2003). Die korporative Verhandlungsdemokratie in Westmitteleuropa. In Gerhard Lehmbruch (Hrsg.), *Verhandlungsdemokratie* (S. 154-176). Wiesbaden: VS Verlag.
- Lehmbruch, Gerhard & Schmitter, Philippe C. (Eds.) (1982). *Patterns of corporatist policy-making*. London: Sage.
- Lijphart, Arend (2012). *Patterns of democracy: Government forms and performance in thirty-six countries*. New Haven, Conn.: Yale Univ. Press.
- Lindblom, Charles E. (1965). *The intelligence of democracy: Decision making through mutual adjustment*. New York: Free Press.
- Luhmann, Niklas (1999). *Ausdifferenzierung des Rechts: Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie*. Frankfurt am Main: Suhrkamp.
- Markwardt, Gunther (Hrsg.) (2009). *Wahlen und Konjunkturzyklen*. Wiesbaden: Gabler Verlag.
- Möller, Christoph (2011). *Staat als Argument*. Tübingen: Mohr Siebeck.
- Möller, Christoph (2015). Zum Demokratieverständnis des Bundesverfassungsgerichts. In P. Cancik (Hrsg.), *Demokratie und Selbstverwaltung – Selbstverwaltung in der Demokratie* (S. 27-38). Göttingen: V & R Univ.-Verl. Osnabrück.
- Müller, Stefan & Louwerse, Tom (2018). The electoral cycle effect in parliamentary democracies. *Political Science Research and Methods*, 53, 1-8.
- Naschold, Frieder (1967). *Kassenärzte und Krankenversicherungsreform: Zu einer Theorie der Statuspolitik*. Freiburg im Breisgau: Rombach.
- Nisbet, Robert A. (1943). Rousseau and Totalitarianism. *The Journal of Politics*, 5 (2), 93-114.
- Offe, Claus (1981). The Attribution of Public Status to Interest Groups. Observations on the West German Case'. In Suzanne Berger (Ed.), *Organizing Interests in Western Europe* (pp. 123-158). Cambridge: CUP.
- Petersen, Niels (2008). *Demokratie und Grundgesetz – Veränderungen des Demokratieprinzips in Art. 20 Abs. 2 GG angesichts der Herausforderungen moderner Staatlichkeit*. Bonn: Max Planck Institute for Research on Collective Goods.
- Pizzorno, Alessandro (1978). Political exchange and collective identity in industrial conflict. The resurgence of class conflict in Western Europe since 1968. In Colin Crouch & Alessandro Pizzorno (Eds.), *The Resurgence of Class Conflict in Western Europe since 1968* (pp. 277-298). London: Palgrave Macmillan.
- Potrafke, Niklas (2012). Is German domestic social policy politically controversial? *Public Choice*, 153 (3-4), 393-418.
- Rehder, Britta (2011). *Rechtsprechung als Politik: Der Beitrag des Bundesarbeitsgerichts zur Entwicklung der Arbeitsbeziehungen in Deutschland*. Frankfurt am Main: Campus.
- Reichenbachs, Mauricio & Nullmeier, Frank (2016). Korporatismus und Demokratie. In Oliver W. Lembcke, Claudia Ritzi & Gary S. Schaal (Hrsg.), *Zeitgenössische Demokratietheorie* (S. 79-102). Wiesbaden: VS-Verlag.
- Saladin, Peter (1984). *Verantwortung als Staatsprinzip: ein neuer Schlüssel zur Lehre vom modernen Rechtsstaat*. Bern: P. Haupt.
- Saladin, Peter (1995). *Wozu noch Staaten?: Zu den Funktionen eines modernen demokratischen Rechtsstaats in einer zunehmend überstaatlichen Welt*. Bern: Stämpfli.
- Schäfer, Armin (2006). Die demokratische Grenze output-orientierter Legitimation. *Integration*, 187-200.

- Scharpf, Fritz W. (1972). *Demokratietheorie zwischen Utopie und Anpassung*. Konstanz: Univ.-Verl.
- Schliesky, Utz (2004). *Souveränität und Legitimität von Herrschaftsgewalt: Die Weiterentwicklung von Begriffen der Staatslehre und des Staatsrechts im europäischen Mehrebenensystem*. Tübingen: Siebeck.
- Schmidt, Manfred G. (1983). Politische Konjunkturzyklen und Wahlen. In Max Kaase & Hans-Dieter Klingemann (Hrsg.), *Wahlen und politisches System: Analysen aus Anlaß der Bundestagswahl 1980* (S. 174-197). Wiesbaden: VS Verlag.
- Schmidt, Manfred G. (2005). *Sozialpolitik in Deutschland: Historische Entwicklung und internationaler Vergleich* (3., Aufl.). Wiesbaden: VS Verlag.
- Schmitter, Philippe C. (1974). Still the century of corporatism? *The Review of Politics*, 36 (1), 85-131.
- Schroeder, Wolfgang (2009). Soziale Selbstverwaltung: Von der klassischen Beteiligungs- zur professionalisierten Effizienzinstitution? In Wolfgang Schroeder & Robert Paquet (Hrsg.), *Gesundheitsreform 2007: Nach der Reform ist vor der Reform* (S. 188-197). Wiesbaden: VS Verlag.
- Schroeder, Wolfgang & Burau, Benjamin E. (2008). *Zur Reform der sozialen Selbstverwaltung in der Gesetzlichen Krankenversicherung: Kasseler Konzept*. Düsseldorf: Hans-Böckler-Stiftung.
- Schroeder, Wolfgang & von Winter, Thomas (2019). Korporatismus im deutschen Gesundheitssystem: Voraussetzungen, Bedingungen und Entwicklungen. *Sozialer Fortschritt*, 68, 477-496
- Schuppert, Gunnar F. (1981). *Die Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch verselbständigte Verwaltungseinheiten: Eine verwaltungswissenschaftliche Untersuchung*. Göttingen: Schwartz.
- Simon, Sven (2016). *Grenzen des Bundesverfassungsgerichts im europäischen Integrationsprozess*. Tübingen: Mohr Siebeck.
- Sodan, Helge & Hadank, Bernhard (2017). *Zur demokratischen Legitimation des Gemeinsamen Bundesausschusses: Eine verfassungs- und sozialrechtliche Studie*. Berlin: Deutsches Institut für Gesundheitsrecht.
- Stolleis, Michael (2001a). Historische Grundlagen: Sozialpolitik in Deutschland bis 1945. In Udo Wengst & Hans G. Hockerts (Hrsg.), *Geschichte der Sozialpolitik in Deutschland seit 1945* (S. 199-332). Baden-Baden: Nomos.
- Stolleis, Michael (2001b). *Konstitution und Intervention: Studien zur Geschichte des öffentlichen Rechts im 19. Jahrhundert*. Frankfurt am Main: Suhrkamp.
- Streit, Manfred E. (1988). The mirage of neo-corporatism. *Kyklos*, 41, 603-624.
- Tschentscher, Axel (2006). *Demokratische Legitimation der dritten Gewalt*. Tübingen: Mohr-Siebeck.
- Voelzkow, Helmut (1996). *Private Regierungen in der Techniksteuerung: Eine sozialwissenschaftliche Analyse der technischen Normung*. Frankfurt/Main: Campus.
- Voßkuhle, Andreas & Sydow, Gernot (2002). Die demokratische Legitimation des Richters. *Juristen-Zeitung*, 673-682.
- Wannagat, Georg (Hrsg.) (1984). *Entwicklung des Sozialrechts, Aufgabe der Rechtsprechung*. Köln, München: Heymann.
- Woratschka, Rainer & Trappe, Thomas (2019, 4. November). Gesundheitsexperte Josef Hecken: „Jens Spahn hat schon viele Störfeuer entfacht“. *Der Tagesspiegel*. Verfügbar unter: <https://www.tagesspiegel.de/wirtschaft/gesundheits-experte-josef-hecken-jens-spahn-hat-schon-viele-stoerfeuer-entfacht/25184924.html>.
- Ziekow, Jan, Debus, Alfred & Musch, Elisabeth (2013). *Bewährung und Fortentwicklung des Informationsfreiheitsrechts*. Baden-Baden: Nomos.

Anschrift des Autors:

Prof. Dr. Roland Czada, Universität Osnabrück, Zentrum für Demokratie- und Friedensforschung, Seminarstrasse 33, 49069 Osnabrück,
E-Mail: roland.czada@uni-osnabrueck.de.